

*Florian Philapitsch*

## **Tief durchatmen!**

Das Urheberrecht im digitalen Zeitalter

- I. Einleitung
- II. Verortung
- III. Vervielfältigung
- IV. Vergütung
- V. Verwesung

### **I. Einleitung**

Regen Sie sich schnell auf? Steigt Ihr Blutdruck in fachlichen Diskussionen unverhältnismäßig rasch? Bekommen Sie Herzklagen, wenn sich ein Gespräch um komplexe Fragen einer noch komplexeren Spezialmaterie dreht, es aber vor allem auf emotionaler Ebene geführt wird? Leicht erregbare Juristen haben in den letzten Jahren die Spezialmaterie Urheberrecht wohlweislich gemieden.

Allein, in den letzten Monaten war das schwerer denn je. In den letzten fünf Jahren ist Urheberrecht *das* juristische Stammtischthema schlechthin geworden. Viele Diskussionsbeobachter beschleicht mittlerweile das Gefühl, jetzt schon sehr lange an diesem Stammtisch gesessen zu sein. Und wie es Stammtischdiskussionen bisweilen so an sich haben, werden sie mit fortschreitender Zeit immer lauter, immer aggressiver und zu guter Letzt absurd.<sup>1)</sup>

„Tief durchatmen!“ hat sich daher zur Maxime für den erregungsgefährdeten Urheberrechtsfreund entwickelt, wann immer eine Urheberrechtsdiskussion ansteht oder Meldungen zum Urheberrecht in der Tagespresse auftauchen.

Bis Mitte der 90er Jahre war das Urheberrecht eine Sache der Urheber, der Produzenten, der Verlage und der Verwertungsgesellschaften. Urheberrechtsverletzungen wurden durch plagierte Dissertationen, Raubdrucke im großen Stil und geklauten Melodien in Popsongs begangen. Die Welt des Urheberrechts war zwar nicht besser, zumindest aber übersichtlicher.

---

<sup>1)</sup> Einer der bekanntesten Copyright-Blogger, der US-Urheberrechtsexperte William Patry gab 2008 das Ende seines Blogs mit der Begründung auf „The Current State of Copyright Law is too depressing“, <http://williampatry.blogspot.co.at/2008/08/end-of-blog.html>.

Mit der Digitalisierung, spätestens mit der Auffahrt auf den „Information-Superhighway“, hat sich das Urheberrecht jedoch zu einem für den Durchschnittsbürger bedeutenden Rechtsgebiet entwickelt. Zwar wurde das Urheberrecht schon als die „Magna Charta“ des Informationszeitalters bezeichnet,<sup>2)</sup> das Urheberrecht ist aber sicher zum „Volksrecht“ geworden. Bedauerlicherweise hat sich herausgestellt, dass dieses „Volksrecht“, was Verständlichkeit und Verständnis betrifft, vom Volk weit entfernt ist.

## II. Verortung

Zunächst gilt es, den Fokus des vorliegenden Beitrages einzugrenzen. Über das Urheberrecht im digitalen Zeitalter ließen sich mehrere Monografien verfassen, ohne sich thematisch zu überschneiden.<sup>3)</sup>

Wann beginnt das Digitale Zeitalter? Der erste programmierbare Computer Zuse Z3 war zwar schon 1941 in Betrieb, dennoch bricht das digitale Zeitalter nach einhelliger Meinung etwa Anfang der 90er an.<sup>4)</sup>

Und was hat sich seit Beginn des digitalen Zeitalters im Hinblick auf gesetzgeberisches Schaffen getan? Gemessen an den Auswirkungen der Digitalisierung auf unsere Welt, der Masse der Geschäftsmodelle, die dadurch entstanden sind, und den Fragen, die aufgeworfen wurden, muss man – insb im Hinblick auf die letzten Jahre – feststellen: nicht viel. Folgende Meilensteine sind zu nennen:

- 1988 Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung<sup>5)</sup>
- 1991 ComputerprogrammRL<sup>6)</sup>
- 1994 TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)<sup>7)</sup>
- 1996 WCT/WPPT<sup>8)</sup>
- 1996 DatenbankRL<sup>9)</sup>
- 2001 InfoSocRL<sup>10)</sup>

---

<sup>2)</sup> Hoeren, MMR 2000, 3.

<sup>3)</sup> Allein die Suchmaschine für wissenschaftliche Publikationen „Scholar“ listet 45 verschiedene Werke, die die Wortfolge „Copyright in the Digital Age“ im Titel führen (Stand: 20. 11. 2012).

<sup>4)</sup> Vgl etwa Castells, Bausteine einer Theorie der Netzwerkgesellschaft, Berliner Journal für Soziologie 2001, 423 ff.

<sup>5)</sup> Grünbuch über Urheberrecht und die technologische Herausforderung; Urheberrechtsfragen, die sofortiges Handeln erfordern KOM (88) 172 endg, 7. 6. 1988.

<sup>6)</sup> RL 91/250/EWG des Rates vom 14. 5. 1991 über den Rechtsschutz von Computerprogrammen, ABl L 1991/122, 42 vom 17. 5. 1991.

<sup>7)</sup> Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights, abrufbar unter [www.wto.org/english/docs\\_e/legal\\_e/27-trips\\_01\\_e.htm](http://www.wto.org/english/docs_e/legal_e/27-trips_01_e.htm).

<sup>8)</sup> WIPO Copyright Treaty bzw. WIPO Performances and Phonograms Treaty, beide abrufbar unter [www.wipo.int/treaties/en](http://www.wipo.int/treaties/en).

<sup>9)</sup> RL 96/9/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 11. 3. 1996 über den rechtlichen Schutz von Datenbanken, ABl L 1996/77, 20 vom 27. 3. 1996.

<sup>10)</sup> RL 2001/29/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 22. 5. 2001 zur Harmonisierung bestimmter Aspekte des Urheberrechts und der verwandten Schutzrechte in der Informationsgesellschaft, ABl L 2001/167, 10 vom 22. 6. 2001.

- 2004 EnforcementRL<sup>11)</sup>
- RL-Entwurf VerwertungsgesellschaftenRL 2012<sup>12)</sup>

Der letzte „große Wurf“ war zweifellos die InfoSoc-Richtlinie, die viele von den Fragen löste, die die rechtswissenschaftliche Literatur in den ersten Jahren des digitalen Zeitalters beschäftigt hat: Ist die Digitalisierung eine neue Nutzungsart und wo ist sie urheberrechtlich einzuordnen?<sup>13)</sup> Ist ein Hyperlink eine Rechtsverletzung?<sup>14)</sup> Gegen welche Ausschließlichkeitsrechte verstößt, wer eine Datei zum Download bereitstellt?<sup>15)</sup>

Irgendwann waren all diese Probleme großzügig eingespeichert, gut durchgekaut und problemlos verdaut.

Und während sich die Literatur neuen Ufern zugewandt hat, etwa dem Leistungsschutzrecht für Zeitungsverleger, dem Folgerecht, der endlosen Diskussion um die cessio legis im Filmurheberrecht und dem Dschungel des Urhebervertragsrechts, hat sich die öffentliche Diskussion um das Urheberrecht und das öffentliche Interesse am Urheberrecht zwei Themen zugewendet, die ich in Folge kurz behandeln will:

- Vervielfältigung und
- Vergütung

Diese zwei Themen eignen sich aber auch aus einem anderen Grund gut zum Einstieg in das Thema Urheberrecht: im Kapitel „Vervielfältigung“ lässt sich anschaulich darstellen, dass zentrale Begriffe des Urheberrechts im digitalen Bereich nicht mehr funktionieren. Darüber hinaus ist zu sehen, dass die wichtigsten Regeln für die Nutzer sich weit von der Realität entfernt haben. Im Zusammenhang mit dem Thema Vergütung wird dagegen erkennbar, dass der viel beschworene Interessenausgleich im Urheberrecht nicht nur auf der Nutzerseite, sondern auch aufseiten der Urheber vermutlich nicht mehr gegeben ist.

Den dritten Teil meines Beitrags möchte ich dem mysteriösen „Wesen des Urheberrechts“ widmen. Dass das Urheberrecht sich durch die Digitalisierung von einem Schlag auf den anderen gewandelt hat, wird niemand ernsthaft behaupten. Im Rückblick über die vergangenen Jahre lässt sich aber der Eindruck gewinnen, dass das Urheberrecht einem Wesenswandel unterworfen war, der die Folge einer gesteigerten „Verwirtschaftung“ dieser Rechtsmaterie und der wachsenden wirtschaftlichen Bedeutung des „geistigen Eigentums“ und seiner Ver-

<sup>11)</sup> RL 2004/48/EG des Europäischen Parlaments und des Rates vom 29. 4. 2004 zur Durchsetzung der Rechte des geistigen Eigentums, ABl L 2004/157, 45 vom 30. 4. 2004.

<sup>12)</sup> Vorschlag für eine des Europäischen Parlaments und des Rates über kollektive Wahrnehmung von Urheber- und verwandten Schutzrechten und die Vergabe von Mehrgebietslizenzen für die Online-Nutzung von Rechten an Musikwerken im Binnenmarkt, COM (2012) 372.

<sup>13)</sup> Die Digitalisierung ist keine neue Nutzungsart, sondern als Vervielfältigungs-handlung gem § 15 UrhG einzuordnen. Vgl dazu *Philapitsch*, Die Digitale Privatkopie (2007) 141 ff.

<sup>14)</sup> Für sich genommen als reiner Verweis wohl nicht; vgl dazu *Schmidbauer*, Die Zulässigkeit des Linkens aus urheberrechtlicher und wettbewerbsrechtlicher Sicht, www.internet4jurists.at/literatur/linkrecht\_IRIS.pdf.

<sup>15)</sup> Seit der UrhG-Novelle 2003 zweifellos gegen das Recht der Öffentlichen Zurverfügungstellung gem § 18a UrhG.

wertung ist. Dieser Wesenswandel, vergleichbar mit der schleichenden Charakterveränderung eines guten Freundes, den man am Ende weder wiedererkennen noch leiden kann, wirft vor allem eine Frage auf – ist das Urheberrecht noch auf dem richtigen Weg oder ist es vielleicht an der Zeit, sich, ruhig und sachlich, hinzusetzen und sich gemeinsam zu überlegen, ob diese liebenswerte Materie in eine Richtung gewandert ist, aus der man sie behutsam wieder zurückholen muss.<sup>16)</sup>

Ich darf, dramaturgisch vielleicht unklug, bereits eines vorwegnehmen: ich werde am Ende meines Beitrages nicht mit bewegten Worten ein „neues“ Urheberrecht fordern. Dafür ist diese Forderung zu oft ausgesprochen worden, ohne auch nur einen (brauchbaren) konkreten Vorschlag gebracht zu haben. Und dafür funktioniert das geltende Urheberrecht noch zu gut. Freilich gibt es (bisweilen) augenfälligen Verbesserungsbedarf, dazu muss aber das Rad nicht neu erfunden werden, sondern lediglich an Rädchen gedreht werden.

### III. Vervielfältigung

Eine der wunderbaren Seiten am Urheberrecht ist die Vielfältigkeit seiner Anwendungsbereiche. Stellen Sie sich Streitigkeiten vor, ob ein Bildhauer eine Statue besuchen darf, die bei einem Käufer steht.<sup>17)</sup> Oder diskutieren Sie über die Frage, ob es ein urheberrechtliches Problem ist, wenn Sie das Foto ihres betrunkenen Kollegen von der letzten Abteilungsfeier auf Facebook stellen.<sup>18)</sup> Oder überlegen Sie sich, ob Kochrezepte geschützt sind,<sup>19)</sup> und inwiefern die Fahrgäste in einem U-Bahn-Waggon eine Öffentlichkeit darstellen, der sie mit ihren viel zu laut aufgedrehten Kopfhörern eine unerlaubte öffentliche Wiedergabe eines geschützten Werkes zuteilwerden lassen.<sup>20)</sup>

Bedauerlicherweise ist das Urheberrecht im digitalen Zeitalter in seinem vor allem öffentlich wahrgenommenen Problemspektrum erheblich reduziert – darf ich das herunterladen oder nicht?

Bevor wir uns mit der Frage beschäftigen, wer aller was wie oft und für wen kopieren und nicht kopieren darf, müssen wir uns mit der Frage auseinanderset-

<sup>16)</sup> Eine „gemeinsame“ Diskussion setzt freilich voraus, dass diese nicht unter Ausschluss der Öffentlichkeit hinter verschlossenen Türen erfolgt. Die Erfahrungen mit dem klandestin ausverhandelten Urheberrechtsabkommen ACTA zeigen, dass bereits ein intransparenter Entstehungsprozess das Vertrauen in ein Regelungsinstrument von Anfang an nachhaltig schädigen kann.

<sup>17)</sup> Tatsächlich kann § 22 UrhG einen derartigen Anspruch begründen, wenn dies notwendig ist, um das Werk zu vervielfältigen.

<sup>18)</sup> Sie sollten nicht lange diskutieren müssen. Eine derartige Handlung würde wohl das Recht am eigenen Bild gem § 78 UrhG verletzen.

<sup>19)</sup> Natürlich kommt es darauf an, ob das Kochrezept für sich gesehen ein Werk der Literatur ist. Die Idee, Zutaten in einem bestimmten Verhältnis zu kombinieren und auf eine bestimmte Art und Weise zuzubereiten, genießt keinen urheberrechtlichen Schutz.

<sup>20)</sup> Tatsächlich ist diese Nutzungshandlung im Lichte der Rsp des EuGH wohl keine öffentliche Wiedergabe; vgl dazu EuGH 15. 3. 2012, C-135/10, wonach vorausgesetzt wird, „dass sich der Nutzer gezielt an das Publikum wendet, für das die Wiedergabe vorgenommen wird, und dass es in der einen oder anderen Weise für diese Wiedergabe aufnahmebereit ist und nicht bloß zufällig erreicht“ wird.“

zen, was denn überhaupt alles als Vervielfältigung zählt. Anhand dieses Beispiels lässt sich sehr gut beobachten, wie eine Bestimmung des Urheberrechts, die deziert in der „körperlichen“ Welt verankert ist, an den Herausforderungen der Digitalisierung (selber eine Vervielfältigung, haha) gemessen und diesen angepasst werden muss.

Das Vervielfältigungsrecht des § 15 UrhG gibt dem Urheber das ausschließliche Recht, das Werk – gleichviel in welchem Verfahren, in welcher Menge und ob vorübergehend oder dauerhaft – zu vervielfältigen. Dieses Recht steht – von den zu behandelnden Ausnahmen abgesehen – allein dem Urheber zu und gehört historisch zum Grundbestand des Urheberrechts und ist so bedeutsam, dass das anglo-amerikanische Pendant des Urheberrechts seine Bezeichnung „Copyright“ aus diesem Recht – der Befugnis zur Herstellung von Kopien – ableitet.

Der Gesetzestext bleibt hinsichtlich der Kopierverfahren allgemein, der Urheber hat gem § 15 Abs 1 UrhG das Recht, sein Werk *in jedem Verfahren zu vervielfältigen*. Auch die Vervielfältigung von Teilen eines Werks stellt eine Vervielfältigung iSd § 15 UrhG dar.

Durch die UrhGNov 2003 wurde (in Umsetzung des Art 2 Info-RL) das Element der Dauerhaftigkeit in den Vervielfältigungsbegriff aufgenommen,<sup>21)</sup> um den neuen Verwertungs- und Nutzungsarten, die durch die digitalen Netze ermöglicht wurden, gerecht zu werden und den Vervielfältigungsbegriff, der bis dahin rein auf analoge Kopien abzielte, an die technischen Gegebenheiten des digitalen Umfelds anzupassen. Eine Vervielfältigung liegt also auch dann vor, wenn die erstellte Kopie umgehend wieder gelöscht wird, etwa im Arbeitsspeicher eines Computers.

Genauere und unverändert gültige Ausführungen zu Reichweite und Inhalt des Vervielfältigungsrechts iSd § 15 UrhG finden sich in den EB zum UrhG 1936: Ein Werk vervielfältigen heißt, es derart in der Fläche oder im Raum festlegen, dass das Festlegungsstück geeignet ist, das Werk den menschlichen Sinnen mittelbar oder unmittelbar wahrnehmbar zu machen. Zwar wird, anders als in Deutschland, im österreichischen UrhG nicht ausdrücklich zwischen körperlichen und unkörperlichen Verwertungshandlungen unterschieden, das Vervielfältigungsrecht wird jedoch (gemeinsam mit dem Verbreitungsrecht) als körperliche Verwertungsform gesehen.

Maßgeblich ist also die, wenn auch vorübergehende, körperliche Fixierung. Diese Festlegung ist nur in Verbindung mit einem wie auch immer gearteten Trägermaterial möglich.

Dieses Erfordernis einer Festlegung bedeutet für den Fall der digitalen Vervielfältigung, dass es aus der Sicht des gegenwärtigen Urheberrechts keine unkörperliche Vervielfältigung gibt, auch die Kopie eines Werkstücks in digitaler Form ist daher in jedem Fall körperlich. Dies erschließt sich aus den technischen Gegebenheiten: das digitale Format stellt jedes Werk unabhängig von seiner urheberrechtlichen Werkart als binäre Zeichenfolge dar. Diese Zeichen sind per se unkörperlich, bedürfen aber (im Interesse ihrer späteren Wiedergabe) stets einer Festlegung auf einem Datenträger. Diese Fixierung erfolgt zum Zwecke der kurz-, mittel- oder langfristigen mittelbaren Wahrnehmbarkeit.

<sup>21)</sup> Vgl ErlRV UrhG-Nov 2003 zu § 15 UrhG.

Verspüren Sie ein leichtes Unbehagen, angesichts dieser „Fixierung“ auf die „Fixierung“? Es wird noch problematischer. Das Vervielfältigungsrecht knüpft an die Herstellung körperlicher Werkexemplare (Werkstücke, Vervielfältigungsstücke) an.<sup>22)</sup> Als Werkstück wird gewöhnlich die körperliche Festlegung des an sich unkörperlichen Werks verstanden, das im Werkstück lediglich konkretisiert wird.<sup>23)</sup> Ein Gedicht ist ein Werk, das Gedicht ausgedruckt auf einem Blatt Papier ist das Werkstück. Ein Lied ist ein Werk, das Lied auf einer CD-Single ist ein Werkstück. Da im digitalen Bereich die Festlegung eines Werks gewöhnlich auf einem Datenträger erfolgt, ist ein Werkstück also nur ein auf einem Datenträger festgelegtes Werk in digitaler Form, das für sich faktisch nicht bestehen kann. Die Werkstückeigenschaft eines digitalen bzw. digitalisierten Werks ist daher immer unmittelbar vom Trägermaterial abhängig – für sich selbst kann die Datenmenge, die das digitale Werk darstellt, nie als Werkstück gelten.

Für die Fälle, in welchen das Werk in seiner digitalen Form auf einem „greifbaren“ Datenträger festgelegt ist (zB eine CD, DVD, Datenband), ist, solange lediglich *ein Werk* auf dem Datenträger verkörperlicht ist, die Anwendung des Werkstückbegriffs auf digitale Inhalte weitgehend unproblematisch und begrifflich fassbar. Problematisch ist jedoch die Bestimmung des manifestierten Werkstücks bei der Festlegung in Massenspeichern (zB Festplatten, Flashspeichern). In diesen Fällen liegt zwar zweifellos eine körperliche Festlegung vor, was ist aber das Werkstück?

Das Speichermedium an sich kann nicht das Werkstück sein, beinhaltet es doch, im Falle des Massenspeichers, mehrere verschiedene in digitaler Form festgelegte Werke und wäre das Werkstück für jedes der darauf festgelegten Werke. Ebenso falsch erscheint es, den Bereich des Massenspeichers (also etwa ein bestimmtes Festplattensegment) als Werkstück zu definieren, auf dem die das Werk beschreibende Information in elektromagnetischer oder anderweitig maschinenlesbarer Form festgelegt ist. Da es sich hierbei praktisch nie um einen einheitlichen Speicherbereich handelt,<sup>24)</sup> wäre der Begriff eines einheitlichen Werkstücks eine reine Fiktion.

Und um das Problem auf die Spitze zu treiben: ein Werk, das sich auf einer Festplatte befindet, ist bekanntlich nicht in Kleinstbuchstaben auf diese Festplatte eingeritzt, es ist auf der Festplatte durch unterschiedlich magnetisierte Bereiche „verkörperlicht“. Nach all dem Gesagten reicht diese Darlegung in unterschiedlichen magnetischen Zuständen also für eine Qualifizierung als Werkstück und die Körperlichkeit aus. Falls Ihnen da ein Gedanke kommt – halten Sie ihn fest! Gedanken sind, stark vereinfacht, ebenfalls eine Abfolge unterschiedlicher phy-

---

<sup>22)</sup> Walter, Werkverwertung in körperlicher Form, MR 1990, 112.

<sup>23)</sup> Vgl Dreier/Schulze, UrhG § 39 Rn 6.

<sup>24)</sup> Eine Speicherung auf Festplatten erfolgt, simpel betrachtet, in Datenblöcken. Diese Datenblöcke sind gewöhnlich nicht aufeinander folgend angeordnet, sondern finden sich mehr oder weniger stark über den Massenspeicher verteilt (*Fragmentierung*), für einen Überblick vgl <http://de.wikipedia.org/wiki/Datenblock>.

sikalischer Zustände,<sup>25)</sup> freilich in einem Gehirn. Gedanken bzw Ideen können jedoch keinen urheberrechtlichen Schutz genießen, ihnen wird die Körperlichkeit (mit einigem Recht) abgesprochen.<sup>26)</sup> Warum sollte also ein digitales Werk auf einer Festplatte ein körperliches Werkstück sein, eine Idee in einem Gehirn jedoch nicht?

Sie sehen – der Werkstückbegriff als körperliche Festlegung eines immateriellen Werks ist aus diesen Gründen für den digitalen Kontext ungeeignet. Auf das Speichermedium abzustellen, um damit eine Subsumtion unter den Körperlichkeitsbegriff zu ermöglichen, dient lediglich der Erhaltung des Systems der Verkörperung, das aus dem analogen Kontext übernommen wurde, das jedoch von keinerlei Nutzen für die digitale Realität ist.

Überlegenswert ist, ob der Begriff „Werkstück“ von der körperlichen Fixierung losgelöst werden kann. „Stück“ kann allgemein als eine zusammenhängende Menge einer Sache verstanden werden, ohne dass Gestalt und Form näher definiert sind.

Das Verständnis des Terminus „Werkstück“ als körperliche oder logische Einheit, in der ein Werk manifestiert ist, entspräche sowohl dem Wortlaut des Gesetzes als auch dem Schutzgedanken des Urheberrechts und nicht zuletzt der technischen Realität eines digitalen Zeitalters.

Zurück von der arg theoretischen Ebene der Gedanken über Gedanken auf den harten Boden der digitalen Realität. Wie Sie sehen, ist der Vervielfältigungsbegriff in seiner heutigen Form also nicht nur enorm umfassend, sondern für das digitale Umfeld auch enorm ungeeignet.

Eine genaue Untersuchung digitaler Nutzungsvorgänge ergibt ein recht homogenes Bild. Ob Digitalisierung, Komprimierung und Konvertierung, digitale Aufnahme, Download, Zwischenspeicherung oder etwa „digitale“ Reprographie – all diese Nutzungen sind aus urheberrechtlicher Sicht eines: Vervielfältigungen.<sup>27)</sup>

Mit anderen Worten – Alles was digital ist, ist Kopie.

Der „digital citizen“, um eine euphemistische Bezeichnung für den Max Mustermann des Internetzeitalters zu verwenden, kopiert also. Ununterbrochen. Da Sie wissen, dass das Vervielfältigungsrecht an sich dem Urheber bzw dem Rechteinhaber vorbehalten ist, wissen Sie auch, dass Herr Mustermann ununterbrochen in fremde Ausschließlichkeitsrechte eingreift. Das darf er aber. Meistens.

Der Schutz des Urhebers bzw Rechteinhabers ist nicht absolut. Gewisse Eingriffe in seine Rechte muss er sich gefallen lassen, es handelt sich dabei um die so genannten „Freien Werknutzungen“. Diese Ausnahmen ermöglichen es Nutzern, Inhalte für bestimmte Zwecke ohne (unmittelbare) Bezahlung zu nutzen, sie sind die wichtigsten „Freiheiten“ des Nutzers im Urheberrecht.

<sup>25)</sup> Als Hirnaktivität ist der Gedanke ein (messbarer) elektrischer Impuls. Vgl etwa Lehmann/Koenig/Pizzagalli, Gedanken und Emotionen im elektrischen Feld des Hirns, in Machleidt (Hrsg), Schizophrenie: eine affektive Erkrankung? (1999) 31 ff.

<sup>26)</sup> Vgl etwa Kucska in Kucska (Hrsg), urheber.recht (2007) 85.

<sup>27)</sup> Vgl im Detail dazu Philapitsch, Die Digitale Privatkopie (2007) 141 ff.

Das System der „Freien Werknutzungen“ folgt aus der sog „Sozialbindung“ des Urheberrechts, dem Ausgleich zwischen den Interessen der Rechteinhaber und der Öffentlichkeit aus Gründen der Meinungsfreiheit, der Informationsfreiheit, der Freiheit der Wissenschaft oder dem freien Zugang zu Kulturgütern.<sup>28)</sup> So gibt es etwa Vervielfältigungsfreiheiten zugunsten des Unterrichts und der Lehre oder zugunsten von öffentlichen Bibliotheken, Freiheiten zugunsten der Berichterstattung über Tagesereignisse, zugunsten von Behinderten, von Museen usw. Nicht zuletzt auch zugunsten von Vorträgen dürfen Werke der bildenden Kunst verwendet werden.<sup>29)</sup> Müssten bei all diesen Handlungen erst die Rechteinhaber um Erlaubnis gefragt werden oder würde jedes Mal eine Lizenzgebühr fällig, wären ungezählte Verstöße gegen das Urheberrecht vorprogrammiert.

So wie die Vervielfältigung das wichtigste Recht des Urhebers ist, ist die Privatkopie die wichtigste Freie Werknutzung. Tatsächlich möchte man meinen, dass die Privatkopie in einer beinahe vollständig digitalisierten Kultur keiner Erläuterung mehr bedarf. Angesichts von Pressemeldungen, die die Stellung von „Downloads als Kavaliersdelikt“ anprangern<sup>30)</sup> oder von Parteiprogrammen (!) die die „Legalisierung der nicht kommerziellen Privatkopie“ fordern,<sup>31)</sup> sind Zweifel berechtigt, ob das öffentliche Bewusstsein um diese bedeutende Nutzerkompetenz ausreichend ausgebildet ist.

Der Katalog der freien Werknutzungen ist umfangreich und vor allem abschließend geregelt, eine „Fair-Use“-Klausel nach US-amerikanischem Vorbild gibt es nicht.<sup>32)</sup> Der Vorteil vieler ausführlicher Regeln gegenüber einer sehr allgemeinen Bestimmung liegt auf der Hand – für den Nutzer ist – ohne dass Kenntnis der Rechtsprechung erforderlich ist – klarer ersichtlich, was erlaubt ist und was nicht. Den Nachteil eines umfangreichen Normenkatalogs erleben wir seit einigen Jahren: die Regeln der Freien Werknutzung sind detailliert und sehr spezifisch, gleichzeitig aber auch enorm unflexibel. Auf neue Nutzungsarten kann nur schwer reagiert werden, in vielen Fällen ist völlig unklar, ob eine bestimmte Nutzung eine Freie Werknutzung oder eine Rechtsverletzung darstellt. Die Folge ist eine gesteigerte Verunsicherung der Nutzer, die, und für diese Behauptung muss man sich nicht allzu weit aus dem Fenster lehnen, von Vertretern der rech-

<sup>28)</sup> Vgl etwa *Walter*, Österreichisches Urheberrecht (2008) 19.

<sup>29)</sup> Freilich muss dies gem § 54 Abs 1 Z 4 UrhG zur „Erläuterung des Inhalts“ dienen.

<sup>30)</sup> Ob der (reine) Download von urheberrechtlich geschützten Materialien eine Urheberrechtsverletzung darstellt, ist im Hinblick auf § 42 Abs 4 UrhG höchst (!) zweifelhaft, vgl dazu etwa *Walter*, Österreichisches Urheberrecht 479 mwN; unbeirrt dennoch: Presseaussendung des Fachverbands der Film- und Musikindustrie vom 10. 9. 2012, vgl dazu <http://derstandard.at/1345166700686/Musikindustrie-fordert-Strafen-fuer-Filesharer-in-Oesterreicher>.

<sup>31)</sup> Parteiprogramm der österreichischen Piratenpartei, abrufbar unter [https://wiki.piratenpartei.at/wiki/Parteiprogramm#Forderungen\\_2](https://wiki.piratenpartei.at/wiki/Parteiprogramm#Forderungen_2) (Stand vom 20. 11. 2012).

<sup>32)</sup> Die „Fair-Use“-Klausel in 17 § 107 des US-Copyright Act ist freilich nicht die vage „Erlaubt ist, was fair erscheint“-Regel, als die sie bisweilen dargestellt wird, sondern stellt, ähnlich dem Drei-Stufen-Test des internationalen Urheberrechts, bestimmte Anforderungen an die zu beurteilende Nutzungshandlung. Für einen groben Überblick vgl [http://en.wikipedia.org/wiki/Fair\\_use](http://en.wikipedia.org/wiki/Fair_use).

teverwertenden Industrie, die an Freien (also primär unbezahlten) Werknutzungen verständlicherweise kein Interesse haben, wenn schon nicht verursacht, so doch entschieden gefördert wird.

Die Privatkopie im österreichischen Urheberrecht blickt mittlerweile auf eine bewegte Vergangenheit zurück: dokumentierte Ansätze zur Schaffung eines Rechts auf Privatkopie finden sich bereits in der Regierungsvorlage für das UrhG 1892.<sup>33)</sup>

Raten Sie einmal, ab wann die Privatkopie vor dem Hintergrund des technischen Fortschritts zum ersten Mal in die Kritik kam! Richtig, bereits 1936. Anlässlich der UrhGNov 1936 wurde gefordert, die Verwendung eines photomechanischen Verfahrens zur Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch überhaupt zu untersagen. Diese Bestrebungen wurden vom historischen Gesetzgeber als zu weit gehend abgelehnt: „*Die Forderung, die Verwendung eines photomechanischen Verfahrens zur Vervielfältigung zum eigenen Gebrauch überhaupt zu untersagen, geht offenbar zu weit. Es hieße die Allgemeinheit von den Vorteilen eines technischen Fortschrittes auszuschließen.*“<sup>34)</sup> Es wäre schön, wenn auch der heutige Gesetzgeber diesen Grundgedanken nicht aus den Augen verlieren würde. Wie zu zeigen sein wird, ist das jedoch leider nicht immer der Fall.

Ursprünglich war die Privatkopie noch eine Kopie zum eigenen Gebrauch, die InfoSoc-RL hat dann eine Aufspaltung in eine Kopie auf Papier und ähnliche Träger zum viel weiteren „eigenen“ Gebrauch und in eine Kopie zum privaten Gebrauch auf alle anderen Träger gebracht. Im digitalen Umfeld ist also immer nur eine Privatkopie möglich. Das enorm spannende Thema der Privatkopie wirft unzählige spannende Fragen auf, man könnte eine Dissertation dazu schreiben.<sup>35)</sup>

Zwei Fragen sind im digitalen Umfeld in letzter Zeit aber wieder verstärkt in den Mittelpunkt der Aufmerksamkeit gerückt: Zum einen die Frage nach der gerechten Vergütung, die das System der Privatkopie fordert.<sup>36)</sup> Die andere Frage entscheidet aber über die Legalität der heimlichen Lieblingsbeschäftigung vieler Nutzer – des Downloads urheberrechtlicher Werke. Die Frage ist simpel und in Österreich doch noch immer nicht abschließend geklärt: erfordert eine Privatkopie eine legale Quelle?<sup>37)</sup> Die Auswirkungen der Antwort sind weitreichend. Ist eine legale Quelle nicht erforderlich, ist der Download eines Filmes, der gerade erst ins Kino gekommen ist, durch die Privatkopierregelung gedeckt. Selbst wenn dieser Film unter Verletzung zahlreicher Urheberrechte ins Internet gelangt ist,

---

<sup>33)</sup> Vgl Dillenz, Materialien zur Geschichte des österreichischen Urheberrechts 1895–1936 (1989) 13.

<sup>34)</sup> ErlRV UrhGNov 1936, abgedruckt in Dillenz, Materialien zur Geschichte des österreichischen Urheberrechts 1895–1936 (1989).

<sup>35)</sup> <Werbung> Philapitsch, Die Digitale Privatkopie (2007).<Werbung>

<sup>36)</sup> Das österreichische UrhG kommt dieser Forderung in § 42b nach. Für einen Überblick über die rechtliche Situation in EU-Staaten vgl IRIS plus 2011-4, Wer zahlt für Privatkopien? 37 ff.

<sup>37)</sup> Vgl dazu Philapitsch, Zum Erfordernis einer legalen Quelle für die digitale Privatkopie, MR 2004, 111.

etwa weil er unerlaubt in einem Kino abgefilmt wurde – selbst dann würden diese Verletzungen geheilt, wenn ein Nutzer ihn für private Zwecke herunterlädt.

In Deutschland hat man sich bei diesem Problem bereits im Gesetz festgelegt, Kopien aus einer offensichtlich illegalen Quelle sind nicht erlaubt.<sup>38)</sup> Auch wenn diese Bestimmung weitere Fragen aufwirft, ist man hier einen Schritt weiter als in Österreich. Die Diskussion in Österreich hat übrigens einer gewissen Komik nicht entbehrte. Der Umstand, dass das UrhG keine Äußerung zu dieser Frage beinhaltet, hat die Begründung für zwei völlig entgegengesetzte Meinungen geliefert und dem reichlich absurd Konstrukt des „beredten Schweigens“ zu neuen Höhenflügen verholfen. Während die eine Seite meint, der Gesetzgeber habe geschwiegen, weil die legale Quelle doch selbstverständliche Voraussetzung sei,<sup>39)</sup> behauptet die andere Seite, dass der Gesetzgeber bewusst nichts gesagt habe, weil er nichts sagen wollen.<sup>40)</sup>

Diese Frage ist, gemeinsam mit anderen Fragen, vor einiger Zeit vom OGH dem EuGH im „kino.to“-Verfahren vorgelegt worden.<sup>41)</sup> Mehr vor dem Hintergrund des internationalen und europäischen Urheberrechts als angesichts des beredten Schweigens ist damit zu rechnen, dass der EuGH für das Erfordernis einer legalen Quelle entscheidet.<sup>42)</sup> Dies wird freilich allenfalls ein Pyrrhus-Sieg der Rechteinhaber sein, immerhin wirkt sich diese Antwort auf die Vergütungsfrage aus. Doch dazu gleich.

Der österreichische Gesetzgeber ist besonders im Bereich des Urheberrechts durch zahlreiche internationale Vorgaben und europäische Harmonisierung in seiner Handlungsfreiheit beschränkt. Zwar wird es nicht möglich sein, die „Freien Werknutzungen“ durch eine allgemeine „Fair-Use“-Klausel zu ersetzen. Denkbar ist jedoch eine Öffnung durch die Aufnahme einer Zweifelsregel, wie den Dreistufen-Test, einer Auslegungshilfe aus dem internationalen Urheberrecht:<sup>43)</sup>

<sup>38)</sup> § 53 Abs 1 UrhG lautet auszugsweise: „Zulässig sind einzelne Vervielfältigungen eines Werkes durch eine natürliche Person zum privaten Gebrauch auf beliebigen Trägern, sofern sie weder unmittelbar noch mittelbar Erwerbszwecken dienen, soweit nicht zur Vervielfältigung eine offensichtlich rechtswidrig hergestellte oder öffentlich zugänglich gemachte Vorlage verwendet wird.“ Vgl dazu etwa *Wandke/Bullinger*, Praxiskommentar zum Urheberrecht (2006) § 53 Rn 15.

<sup>39)</sup> Vgl *Medwenitsch/Schanda*, Download von MP3-Dateien aus dem Internet, in *Tades* (Hrsg), Festschrift Robert Dittrich 219.

<sup>40)</sup> Vgl *Thiele/Laimer*, Die Privatkopie nach der Urheberrechtsgesetznovelle 2003, ÖBI 2004, 52.

<sup>41)</sup> OGH 11. 5. 2012, 4 Ob 6/12d.

<sup>42)</sup> In eine andere Richtung gehen aber die Überlegungen, die der OGH in seiner Vorlageentscheidung anstellt: „Der Umstand, dass Rechteinhaber das Herunterladen von Inhalten in der Praxis nur schwer verfolgen können, spricht dafür, diese Vergütung [gemeint ist die Leerträgerabgabe des § 42b UrhG] auch unter Bedachtnahme auf die mögliche Speicherung rechtswidrig zugänglich gemachter Inhalte zu bemessen. Dann wäre es aber ein Wertungswiderspruch, eine solche Speicherung dennoch als unzulässige Vervielfältigung zu betrachten und die Nutzer Unterlassungs- und Schadenersatzansprüchen auszusetzen.“

<sup>43)</sup> Vgl etwa *Bornkamm*, Der Dreistufentest als urheberrechtliche Schrankenbestimmung, in *Dietz* (Hrsg), Festschrift für Willi Erdmann (2002) 29.